

Publicité

Protection des consommateurs et pratiques commerciales trompeuses et illicites : les apports de l'ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021



Fabien Honorat
et
Margo Beïda
Avocats au Barreau de Paris

L'ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021¹ vient transposer la directive européenne du 27 novembre 2019 pour répondre à un souci de modernisation du cadre juridique de la protection des consommateurs, en adaptant les règles existantes à la transformation numérique et en renforçant leur effectivité.

Elle encadre les conditions dans lesquelles les professionnels peuvent avoir recours à des annonces de réductions de prix. Elle complète la liste des pratiques nécessairement déloyales, en ajoutant certaines précisions relatives aux pratiques commerciales sur internet. Ses dispositions entreront en vigueur le 28 mai 2022.

L'ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021 transpose la directive (UE) 2019/2161 du 27 novembre 2019 relative à une meilleure application et modernisation des règles européennes en matière de protection des consommateurs. Cette dernière est un texte singulier puisqu'elle vient corriger, compléter et amender pas moins de quatre directives européennes antérieures : la directive n° 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; la directive n° 98/6/CE relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix ; la directive n° 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ; la directive n° 2011/83/CE relative aux droits des consommateurs.

On aurait pu légitimement aspirer à ce que le *corpus juris* européen compile dans un seul et même texte l'ensemble des dispositions encadrant les pratiques des professionnels vis-à-vis des consommateurs (qu'elles soient publicitaires ou contractuelles). À défaut de simplification et de cohérence, le droit européen nous offre ici une belle démonstration de technocratie législative faite de renvois, d'inser-

tions, de nouvelles définitions déjà obsolètes... Essayons malgré tout de faire ce travail de compilation et de déblaiement, non pas en séparant le bon grain de l'ivraie dans la myriade des modifications prévues par ce texte, mais en tentant d'y trouver un semblant de cohérence juridique.

En réalité, cette directive (UE) 2019/2161 et l'ordonnance n° 2021-174 qui la transpose (plus ou moins fidèlement d'ailleurs), traitent de deux sujets : d'une part les pratiques commerciales des professionnels envers les consommateurs, et d'autre part leurs pratiques contractuelles (informations précontractuelles, clauses abusives).

Nous évoquerons dans le cadre du présent article uniquement les modifications apportées aux pratiques commerciales des professionnels envers les consommateurs, à savoir les modifications apportées à la directive n° 98/6/CE d'une part, et à la directive n° 2005/29/CE d'autre part.

Là où la directive n° 2005/29/CE est un texte général englobant l'ensemble des pratiques commerciales, la directive n° 98/6/CE traite d'un seul sujet, qui est la présentation des prix aux consommateurs, ce qui constitue une pratique commerciale parmi d'autres. Sans doute ce texte aurait dû être intégré complètement à la directive n° 2005/29/CE (il n'en est fait état que dans l'annexe II de cette dernière, comme

¹ Ord. n° 2021-1734 du 22 déc. 2021 transposant la directive (UE) 2019/2161 du 27 nov. 2019 relative à une meilleure application et une modernisation des règles européennes en matière de protection des consommateurs.

rappel des législations existantes en matière de publicité commerciale). En effet, en 2005, la directive n° 2005/29/CE a posé les bases d'une réglementation qui avait au moins le mérite de la limpidité.

Trente-et-une pratiques commerciales étaient listées comme illégales par nature. En dehors de ces pratiques ne souffrant *a priori* pas l'ombre d'une contestation quant à leur illégalité, seuls deux critères cumulatifs pouvaient guider les juridictions nationales pour qualifier une pratique commerciale de déloyale :

- la pratique doit être contraire aux exigences de la diligence professionnelle ;
- la pratique doit être susceptible d'altérer de façon substantielle le comportement économique du consommateur.

La directive (UE) 2019/2161 vient intégrer dans la directive n° 98/6/CE la question de la présentation des annonces de réduction de prix et compléter la liste des 31 pratiques nécessairement déloyales dans la directive n° 2005/29/CE, en ajoutant certaines précisions relatives aux pratiques commerciales sur internet (place de marché, avis de consommateur).

I - L'AJOUT D'UNE NOUVELLE (?) RÉGLEMENTATION ENCADRANT LA PRÉSENTATION DES ANNONCES DE RÉDUCTION DE PRIX (DIR. N° 98/6/CE)

L'encadrement légal des annonces de réduction de prix n'est pas nouveau, en tout cas en droit français. Celui-ci tenait en un arrêté du 31 décembre 2008² (remplaçant lui-même un arrêté du 2 sept. 1977) et sa circulaire d'application en date du 7 juillet 2009³. Ce texte imposait aux professionnels présentant un produit ou un service à un prix promotionnel de faire figurer également le prix de référence à partir duquel la réduction était calculée.

Il était d'ailleurs prévu que ce prix devait être :

- par principe, le prix le plus bas pratiqué dans le point de vente (ou site internet) pour le même produit (ou un produit similaire) dans les trente jours précédant le début de la publicité ;
- par exception, le prix conseillé par le fabricant (sous réserve d'avoir été effectivement pratiqué malgré tout).

L'arrêté et la circulaire détaillaient également de façon très précise les informations qui devaient figurer sur les supports de promotion (que ce soit en dehors ou à l'intérieur du point de vente) ainsi que les conditions d'utilisation de certaines mentions promotion-

nelles (« jusqu'à X % de réduction », « de X à Y % », les réductions sur une partie du stock – articles marqués d'un point – ou l'utilisation de la mention « dans la limite des stocks disponibles », etc.). Ce texte a été abrogé par un arrêté du 11 mars 2015⁴.

La directive (UE) 2019/2161 vient imposer un cadre juridique très similaire en ajoutant un nouvel article à la directive n° 98/6/CE sur la présentation des prix aux consommateurs. L'ironie de l'histoire est que c'est l'application du droit communautaire lui-même et notamment de la directive n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales, qui a imposé l'abrogation de l'arrêté de 2008.

En effet, comme rappelé en préambule, cette directive liste 31 pratiques commerciales déloyales par nature et fixe pour les autres pratiques commerciales deux critères devant guider les juges pour déterminer ou non le caractère déloyal de la pratique en cause (l'altération du comportement économique du consommateur, le respect de la diligence professionnelle).

Sur la base de ces principes, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a pu juger à plusieurs reprises qu'un droit national ne pouvait interdire, limiter ou encadrer une pratique commerciale qui ne faisait pas partie de la liste des 31 pratiques annexée à la directive n° 2005/29/CE. Dans cette hypothèse, le droit national devait nécessairement et exclusivement renvoyer aux deux critères visés, qui seuls pouvaient déterminer du caractère illicite de ladite pratique.

Ainsi, dans un arrêt du 8 septembre 2015, la CJUE a jugé que les dispositions de l'arrêté du 31 décembre 2008 prohibant, de manière générale, les annonces de réduction de prix ne faisant pas apparaître le prix de référence lors de l'affichage des prix, étaient contraires à la directive n° 2005/29/CE⁵. Ces décisions ont contraint l'administration à revoir la réglementation sur les annonces de réduction de prix et à prendre un nouvel arrêté du 11 mars 2015 en lieu et place de celui de 2008.

Le nouveau texte se contentait de dire que toute annonce de réduction de prix est licite sous réserve qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 121-1 du code de la consommation (reprenant les deux critères fixés par la dir. n° 2005/29/CE), et que le prix de référence était fixé librement par le professionnel (qui devait pouvoir en justifier en cas de contrôle toutefois). Le

⁴ Arr. du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, JO 24 mars 2015.

⁵ CJUE 8 sept. 2015, aff. C-13/15, *Cdiscount*, D. 2016. 617, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; AJCA 2015. 479, obs. C. Pecnard ; dans le même sens, CJUE 10 juill. 2014, aff. C-421/12 (réglementation applicable en Belgique, similaire au droit français), D. 2014. 2488, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2015. 588, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; Dr. soc. 2015. 271, chron. S. Hennion et M. Del Sol ; RTD eur. 2014. 730, obs. C. Aubert de Vincelles.

² Arr. du 31 déc. 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, JO 13 janv. 2009.

³ Circ. du 7 juill. 2009 concernant les conditions d'application de l'arr. du 31 déc. 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur.

droit européen vient donc se contredire lui-même, quatre ans seulement après cette décision, *via* l'article 2 de la directive (UE) 2019/2161.

La Commission européenne a publié des orientations sur l'interprétation de cette nouvelle disposition en tentant de prendre quelques exemples concrets d'application du texte mais sans toutefois lever toutes les interrogations⁶.

A - Le retour de l'obligation d'information

Si dans l'arrêt *Cdiscount* du 8 septembre 2015, la CJUE a considéré qu'un droit national ne pouvait imposer à un professionnel d'indiquer le prix de référence à partir duquel une annonce de réduction de prix était pratiquée, la directive (UE) 2019/2161 prend une position totalement à contresens. Il est de nouveau imposé au professionnel d'indiquer le prix antérieur pratiqué par lui avant l'application de la réduction de prix (C. consom., art. L. 112-1-1 nouv.).

Toutefois, là où l'arrêté ministériel de 2008 n'imposait cette communication qu'au support présent dans les points de vente (y inclus les sites de commerce électronique), le nouveau texte ne fait pas cette distinction. Cette nouvelle obligation s'impose donc en principe à tous les supports ou médias véhiculant une offre de réduction de prix. Cela ne sera pas sans soulever des difficultés en pratique pour les campagnes publicitaires nationales proposant un rabais de X% sur un produit dont le prix effectif peut différer d'un point de vente à l'autre (on rappellera ici que les détaillants sont par principe libres de fixer leur prix de revente).

B - Prix antérieur ou prix de référence : les faux jumeaux

La sémantique juridique veut que le nouveau texte parle de « prix antérieur » là où les arrêtés de 2008 et de 2015 utilisaient les termes « prix de référence ». Il reste que, sur le fond, les deux notions sont identiques (ou quasi).

La directive définit le prix antérieur comme « le prix le plus bas appliqué par le professionnel au cours d'une période qui n'est pas inférieure à trente jours avant l'application de la réduction du prix ». La transposition de ce texte par l'ordonnance n° 2021-1734 a modifié quelque peu cette définition. Le Gouvernement a choisi une période de trente jours (période minimum préconisée par la directive et identique à celle qui figurait dans l'ancien arrêté de 2008). Mais la définition du nouvel article L. 112-1-1 correspond au « prix le plus bas pratiqué par le professionnel à l'égard de tous les consommateurs

au cours des trente derniers jours précédant l'application de la réduction de prix ».

On passera sur l'absence de différence réelle entre un prix « pratiqué » et « appliqué », mais on notera surtout que le gouvernement français a ajouté que ce prix devait être pratiqué à l'égard de « tous les consommateurs ». Cette condition n'apparaît pas dans la directive. Faut-il en conclure que les opérations de réduction de prix qui s'appliquent à une partie de la clientèle (on pense ici à la pratique répandue des « ventes privées ») ne sont pas concernées par ce nouveau texte ?

On observera que là où l'arrêté de 2008 permettait également d'utiliser comme prix de référence le prix conseillé du fabricant, cette exception n'est plus autorisée. C'est clairement une régression pour les opérateurs au regard du cadre prévu par l'arrêté de 2008.

C - Le cas particulier des réductions de prix successives, des produits périssables et des produits nouveaux

La directive n'a pas totalement abandonné les praticiens et a envisagé la problématique de trois situations pouvant soulever une difficulté avec la notion de prix antérieur : les réductions de prix successives, les produits périssables et les produits nouveaux.

La directive précise que lorsque la réduction de prix est progressivement augmentée par le professionnel (- 10 %, - 20 %, - 30 %...), le prix antérieur désigne le prix sans réduction pratiqué avant la première application de la réduction de prix. Là encore, l'ordonnance prend quelque largesse avec le texte européen dans sa transposition, puisque le nouvel article L. 112-1-1 indique qu'en cas de réductions de prix successives pendant une période déterminée, le prix antérieur est celui pratiqué avant l'application de la première réduction de prix.

Le gouvernement français a ajouté la notion de « période déterminée », mais a en revanche abandonné celle de réduction « progressivement augmentée ». L'ajout d'une durée fixe pour encadrer toute promotion (y compris plusieurs promotions successives sur un même produit) est sans doute volontaire, l'administration française ayant pour objectif de lutter contre les promotions dites « permanentes ». Il est donc rappelé ici qu'une promotion (et également une succession de promotions) doit nécessairement être encadrée dans une durée fixe. Il doit s'agir d'une exception dans la temporalité de la commercialisation d'un produit.

Il faut rappeler que l'arrêté de 2008 sur les annonces de réduction imposait de faire figurer les dates de l'offre présentée sur tous les supports de communication diffusés en dehors des points de vente.

⁶ Communication de la Commission, 29 déc. 2021, Orientations concernant l'interprétation et l'application de l'article 6 bis de la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs.

L'absence de reprise de la notion de réduction de prix « progressivement augmentée » dans le texte français laisse penser qu'il serait donc possible de proposer des réductions de prix successives sur un produit dont le pourcentage pourrait soit augmenter soit diminuer.

Quoi qu'il en soit, le texte admet indirectement que ces promotions successives peuvent durer plus d'un mois et c'est pour cette raison qu'il est prévu de prendre comme prix antérieur (de référence donc) le prix le plus bas pratiqué pendant le mois précédant le tout premier rabais. La directive et l'ordonnance prévoient par ailleurs des règles spécifiques pour les produits périssables qui sont exclus de ce cadre légal (les offres de réduction de prix sur les produits alimentaires faisant par ailleurs l'objet de règles spécifiques à l'art. L. 443-1 c. com.).

La directive prévoyait également la possibilité d'une exception (prix de lancement) pour les nouveaux produits (mis sur le marché depuis moins de trente jours), exception assez logique puisqu'aucun prix antérieur ne peut servir de référence. L'ordonnance ne reprend pas cette exception qui pourtant figurait bien dans l'arrêté de 2008 (celui-ci permettant de faire référence au prix conseillé à titre de prix de référence).

Enfin, l'ordonnance a ajouté une disposition non comprise dans la directive (art. L. 112-1-1-II) qui précise que ce cadre légal ne s'applique pas lorsque le professionnel compare ses prix à ceux d'autres professionnels. Cela concerne en premier lieu les publicités comparatives qui peuvent porter sur les prix, mais également la possibilité pour le professionnel de faire référence au prix du marché pour tel ou tel produit (sous réserve sans doute d'une présentation suffisamment claire et d'un mode de calcul de ce prix du marché fiable et objectif).

D - Les sanctions prévues

L'ordonnance a intégré ces obligations au cadre légal des pratiques commerciales trompeuses (art. L. 121-2) impliquant pour pouvoir les sanctionner de démontrer dans tous les cas que la pratique reprochée a modifié substantiellement le comportement économique du consommateur (selon le principe posé par la dir. n° 2005/29/CE)⁷.

Cela implique que les sanctions théoriques maximales prévues sont celles de toute pratique commerciale trompeuse (C. consom., art. L. 132-1 et s.), à savoir deux ans de prison et 300 000 € d'amende (1,5 million pour les personnes morales ou 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, ou 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit). La palette répressive est large et colorée, là où l'arrêté de 2008 sanctionnait

ce type d'infraction d'une contravention de cinquième classe, soit 1 500 € par infraction constatée (7 500 € pour les personnes morales).

Il reste que ce texte soulève quelques interrogations que l'arrêté de 2008 et sa circulaire d'application avaient au moins le mérite de traiter. Comment appliquer ce texte à une promotion sur le prix d'un lot de plusieurs produits (la circulaire du 7 juill. 2009 considérait que le cadre légal des annonces de réduction de prix ne s'appliquait pas et que le prix de référence à prendre en compte dans ce cas devait être le prix de chacun des produits composant le lot au moment du début de la promotion) ?

Comment respecter un tel texte lorsque l'on se trouve dans le cadre d'un réseau de distributeurs dans lequel la tête de réseau met en œuvre les promotions et fournit les supports publicitaires mais que chacun des distributeurs reste libre de fixer ses propres prix (donc potentiellement avec un prix de référence différent pour chacun des points de vente) ?

L'arrêté du 31 décembre 2008 était certes contraignant, mais il avait le mérite de coller assez précisément aux réalités du commerce. La directive n° 2005/29/CE avait, elle, l'avantage de laisser une grande liberté dans le respect d'un cadre général légal global, à charge pour les tribunaux de le préciser le cas échéant.

La directive (UE) 2019/2161 et son ordonnance de transposition sont dans l'entre-deux, en remettant un cadre plus contraignant mais sans répondre aux spécificités opérationnelles. Une telle situation ne peut pas être satisfaisante. Il est sans doute important que l'administration, en collaboration avec les opérateurs, poursuivent leurs travaux de mise en œuvre de codes de conduite ou de lignes directrices permettant d'aboutir à un corps de règles sécurisantes sur le plan juridique et complètes d'un point de vue opérationnel.

II - L'AJOUT DE NOUVELLES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES (DIR. N° 2005/29/CE)

La directive (UE) 2019/2161 ajoute quatre pratiques commerciales qui sont par nature, *per se*, considérées comme déloyales au sens de la directive n° 2005/29/CE :

- le fait de ne pas informer les consommateurs/internautes du fait que certains annonceurs payent pour obtenir un classement sur les sites internet de recherche. Sur le même sujet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 29 novembre 2011⁸ a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble condamnant le site comparateur Kelkoo notamment pour défaut d'information sur les classements sponso-

⁷ V. *infra*.

⁸ Com. 29 nov. 2011, n° 09-13.223, *Sté Kelkoo*.

risés par les marques, les juges suprêmes estimant que la démonstration de l'altération substantielle du comportement économique du consommateur et du non-respect des exigences de la diligence professionnelle faisait défaut. Du fait de cet ajout, cette jurisprudence devient obsolète puisque la pratique commerciale sera dorénavant illicite par nature ;

- le fait de mettre en avant sur un site internet des avis de consommateurs sans prendre de « mesures nécessaires » pour s'assurer que lesdits consommateurs ont bien utilisé les produits concernés. Le texte ne décrit pas ces « mesures nécessaires », qui feront sans doute l'objet d'âpres discussions devant les juges ;
- le fait de diffuser ou de faire diffuser de faux avis de consommateurs afin de promouvoir des produits. Cet ajout fait doublon avec la vingt-deuxième pratique, qui figurait déjà dans la directive n° 2005/29/CE et qui sanctionnait le fait pour un professionnel de se faire passer pour un consommateur ;
- le fait de revendre à des consommateurs des billets de manifestations obtenus de façon frauduleuse.

Ces nouvelles pratiques déloyales sont intégrées dans l'article L. 121-4 du code de la consommation.

Par ailleurs, il est ajouté un cas de pratique commerciale trompeuse lorsqu'un professionnel présente un produit comme similaire à un autre produit dans un autre pays de l'Union européenne, alors même que les deux produits ont une composition ou des caractéristiques sensiblement différentes (nouv. art. L. 121-2, 4°).

Sur le fond, on ne voit pas bien la différence avec une autre pratique qui était sanctionnée au même article deux alinéas plus haut, et qui sanctionnait toute activité de marketing concernant un produit créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent.

On voit également mal comment ce texte peut s'articuler avec la publicité comparative qui est autorisée par le droit européen (dir. n° 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006) et qui permet à un professionnel de comparer son produit avec un autre produit répondant aux mêmes besoins et ce, même si ces deux produits n'ont pas la même composition ou les mêmes caractéristiques.

Dans tous les cas, pour pouvoir sanctionner une pratique sur le fondement de ce nouveau texte, les tribunaux devront justifier par ailleurs en quoi la pratique litigieuse altère, ou est susceptible d'altérer, de façon substantielle, le comportement économique du consommateur.

La directive (UE) 2019/2161 ajoute enfin à la liste des informations substantielles que les professionnels doivent impérativement communiquer aux consommateurs :

- la qualité de professionnels ou de non-professionnels des tiers proposant à la vente des produits sur les places de marché sur internet ;
- les principaux paramètres qui déterminent le classement (et leur ordre de priorité) mis en œuvre par un site internet qui propose des classements d'offres de produits ou de services ;
- les informations qui permettent d'établir de quelle manière l'éditeur d'un site internet comportant des avis de consommateurs s'assure que lesdits consommateurs ont bien acheté ou utilisé le produit faisant l'objet de l'avis. Cela rejoint la pratique commerciale déloyale per se ajoutée par la même directive⁹ ; en d'autres termes, les professionnels proposant la publication d'avis de consommateurs se retrouvent avec la double obligation de mettre en place un système de vérification des avis et d'en informer le visiteur de leur site.

L'ensemble de ces ajouts se retrouvent dans le nouvel article L. 121-2, 6°, du code de la consommation.

Les dispositions de l'ordonnance entreront en vigueur le 28 mai 2022. Les procédures fondées sur leur application ne tarderont sans doute pas.

⁹ V. *supra*.